

SERGIO PERONGINI

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Salerno
s.perongini@unisa.it

LE STRATEGIE LEGISLATIVE DI CONFIGURAZIONE DELLA DETERMINAZIONE PROVVEDIMENTALE

LEGISLATIVE STRATEGIES TO DEFINE ADMINISTRATIVE DETERMINATION

SINTESI

Il legislatore può adottare più di un tipo di strategia per configurare il potere amministrativo. Esso può farlo in via diretta oppure può devolvere tale funzione ad altro soggetto ossia ad una o più amministrazioni. Si è storicamente data maggiore attenzione alle strategie dirette, perché da esse è partito il processo di sottoposizione del potere discrezionale al sindacato giurisdizionale. Scarsa attenzione, invece, si è data alle strategie indirette, sebbene esse possano avere degli effetti maggiormente temibili rispetto a quelle dirette. Un esempio emblematico di ciò è dato dalle linee guida dell'ANAC, con riguardo sia alla loro natura giuridica e sia alla dubbia costituzionalità della norma di rango primario che le configura.

ABSTRACT

The Legislators may adopt different strategies to configure administrative power, operating directly or devolving such regulation to a different subject or administrations. Historically, attention has been given to direct strategies, because this was the starting point to affirm Rule of Law and submission of discretionary power to Judicial Review. However, indirect strategies were underestimated, although may have more important effects than direct strategies. An example of this is given by the ANAC guidelines, with regard both to their juridical nature and to the dubious constitutionality of the primary ranking norm that configures them.

PAROLE CHIAVE: costituzione, legislazione, amministrazione, tutela giurisdizionale

KEYWORDS: constitution, legislation, public administration, judicial review

INDICE: 1. Premessa: le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo – 2. Le strategie dirette del legislatore con riguardo al potere discrezionale – 3. La nozione di concetto giuridico indeter-

minato e quella di discrezionalità in Germania – 4. Osservazioni critiche sul tema dei concetti giuridici indeterminati – 5. Il c.d. processo di erosione del potere discrezionale in Italia – 6. Le strategie legislative indirette – 7. La c.d. devoluzione del potere normativo (*rectius* legislativo): la controversa natura giuridica delle linee guida dell'ANAC – 8. Osservazioni critiche in tema di inquadramento delle linee guida nell'ordito costituzionale – 9. Poche righe a mo' di conclusione.

1. Premessa: le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo

Il tema oggetto del mio articolo tocca un nervo scoperto del dibattito giuridico, uno di quelli più sensibili, perché investe il rapporto fra il potere legislativo e il potere amministrativo.

L'individuazione del fondamento del potere e del provvedimento amministrativo nelle Costituzioni e nella legge implica che compete solo al legislatore prospettare le strategie di configurazione del potere amministrativo.

Da questa banale osservazione deriva che spetta al solo legislatore stabilire lo spessore dei poteri valutativi devoluti all'amministrazione e, in particolare, che compete al solo legislatore stabilire se l'amministrazione è titolare di una funzione amministrativa vincolata, di una funzione amministrativa discrezionale, di una funzione che consiste nell'interpretazione di norme, tecniche o giuridiche che siano, e via di seguito.

Il potere di porre le strategie di configurazione del potere amministrativo non può competere alla stessa amministrazione, perché – diversamente – ne risulterebbe violato il principio di legalità dell'azione amministrativa, con la conseguenza di riservarle ambiti di sovranità che oggi non sono più compatibili con l'assetto costituzionale.

Questo implica due conseguenze.

Innanzitutto, nello Stato costituzionale di diritto la pubblica amministrazione è titolare solo di quei poteri che le sono stati conferiti dal legislatore. Non hanno legittimità costituzionale – a mio modo di vedere – poteri impliciti, poteri presunti o poteri taciti.

In secondo luogo, le strategie legislative non possono concretarsi nella devoluzione di un potere valutativo così ampio da non incontrare limite alcuno e da sottrarre l'azione amministrativa al sindacato giurisdizionale. Naturalmente, tale conclusione è valida solo per la devoluzione di poteri pubblici, non è valida per l'esercizio di attività di diritto privato.

Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimento devono essere distinte in due categorie: nella prima devono essere an-

noverate quelle dirette e nella seconda quelle indirette.

Invero, noi siamo abituati a pensare alle strategie dirette. Il fenomeno delle strategie indirette non appartiene al nostro dna ordinamentale. Invece, la realtà supera l'immaginazione. Si constata il ricorso del legislatore a strategie indirette.

Le strategie dirette sono quelle a noi ben note, contraddistinte dal fatto che il legislatore, con principi e norme, configura il potere conferito all'amministrazione e, in definitiva, delinea il precetto provvedimentale, o concorre alla sua delineazione.

Invece, le strategie legislative indirette sono quelle che si concretano nella devoluzione a un altro soggetto pubblico (diverso dal legislatore) del potere di configurare la determinazione provvedimentale.

Queste ultime pongono diversi problemi, ma a me pare assorbente quello della loro compatibilità con l'assetto costituzionale.

2. Le strategie dirette del legislatore con riguardo al potere discrezionale

Per quanto concerne le strategie dirette, va evidenziato che la convinzione corrente distingue, da un lato, le norme che vincolano l'amministrazione e, dall'altro, le norme che attribuiscono un potere discrezionale.

La discrezionalità è apparsa sempre come un territorio riservato ma comunque ampio, sconfinato e sottratto al sindacato del giudice.

Detta convinzione ha resistito al mutare dell'assetto costituzionale e alle trasformazioni subite dalla stessa discrezionalità.

L'erosione della sfera discrezionale del potere amministrativo, in quanto sottratta al sindacato giurisdizionale, è avvenuta, in ogni ordinamento a diritto amministrativo, con modalità e intensità diverse.

3. La nozione di concetto giuridico indeterminato e quella di discrezionalità in Germania

In Germania, un ruolo preponderante ha assunto quella tendenza focalizzata sui concetti giuridici indeterminati e sulla c.d. problematica dell'"unica decisione giusta".

La dottrina tedesca ha elaborato la nozione di concetti giuridici indeterminati e la ha approfondita in contrapposizione con la nozione di discrezionalità.

L'elaborazione delle due nozioni è stata dislocata sul piano strutturale della norma¹, scomposta nei due elementi della fattispecie e della statuizione. La discrezionalità è stata allocata sul versante degli effetti giuridici² e ricorre quando la legge devolve all'amministrazione il potere di stabilire la regola del proprio agire, consentendole di determinare le conseguenze giuridiche.

Invece, i concetti giuridici indeterminati sono stati collocati nell'ambito della fattispecie normativa³.

Al fine di delineare la prima ipotesi si suole parlare di *Handlungsspielraum*, letteralmente spazio di azione; invece, al fine di definire la seconda si utilizza l'espressione *Beurteilungsspielraum*, letteralmente spazio di valutazione e di apprezzamento.

Nella prima specifica trattazione⁴ dedicata alla nozione di *unbestimmte Rechtsbegriffe*, si sostiene che, quando il legislatore impiega volutamente un concetto indeterminato, attribuisce all'amministrazione un potere discrezionale⁵; invece, quando l'incertezza non è voluta, il legislatore devolve all'amministrazione il potere di interpretare la legge⁶. In tal caso, l'amministrazione non dovrà scegliere fra diverse soluzioni, ma sarà costretta ad assumere l'unica determinazione giuridicamente corretta. L'attività interpretativa è sindacabile dal giudice perché essa consente di dedurre dal concetto indefinito un unico specifico significato. L'influenza di siffatta costruzione sul dibattito successivo è stata fondamentale⁷.

La categoria dei concetti giuridici indeterminati nasce e si sviluppa congiuntamente alla "tesi dell'unica decisione giusta", secondo la quale, in presenza di un concetto giudico indeterminato l'amministrazione poteva adottare un'unica decisione giusta⁸.

¹ Sulla struttura della norma si veda K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1968, (trad it. Introduzione al pensiero giuridico), Milano, 1970, 13 ss.

² In tal senso, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2002, 98; H.U. ERICHSEN – W. MARTENS, *Das Verwaltungshandeln*, in H. Uwe Erichsen – W. Mertens (hrsg), *Allgemeines Verwaltungsverfahren*, Berlin-New York, 1992, 196 ss.. In termini analoghi, C. MORTATI, *Potere discrezionale*, in *Nuovo dig. it.*, X, 1939, 77 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 1989, 591.

³ In tal senso, C.H. ULE, *Verwaltungsprozessrecht*, München, 1983, 8 ss.

⁴ Si fa riferimento al lavoro di W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetz Anwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, 36 ss.. Sul tema dei concetti giuridici indeterminati si veda anche W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931, 30 ss.

⁵ W. JELLINEK, *Gesetz*, cit., 1913, 39 ss.

⁶ W. JELLINEK, *Gesetz*, cit., 1913, 30 ss.

⁷ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 50.

⁸ R. VON LAUN, *Das freie Ermessen*, cit., 1019, 60; H. REUB, *Das Ermessen*, in D.V.Bl., 1953, 649 ss.; F. CZERMAK, *Zur Lehre vom gerichtsfreien Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, in *Jus*, 1968, 399 ss.; H.H. RUPP, *Grundfragen*, cit., 1965, 213 ss.; W. SCHMIDT, *Gesetzvollziehung durch Rechtsetzung*, Tübingen, 1969, 142 ss.; F. OSSENBÜHL, *Renaissance der administrativen*

Negli anni successivi, la dottrina tedesca⁹ ha accentuato la separazione dell'ambito riservato alla valutazione discrezionale dell'amministrazione da quello devoluto, invece, ai concetti giuridici indeterminati, collocando, la prima, nella sfera assegnata alle conseguenze dell'esercizio del potere (Rechtsfolgenmessen) e situando, gli altri, nella fattispecie normativa.

Il dibattito sul carattere attributivo di discrezionalità, insito nei concetti giuridici indeterminati, viene affrontato distinguendo fra discrezionalità di azione o volitiva, che ricorre quando la legge conferisce all'amministrazione libertà di azione, e discrezionalità sussuntiva, vale a dire cognitiva o di giudizio, che ricorre quando la legge le attribuisce un certo margine di valutazione dei presupposti per l'azione¹⁰. Nella prima ipotesi si manifesta quella che viene denominata discrezionalità amministrativa; invece, nella seconda ricorre quello che può essere definito uno spazio libero di valutazione (Beurteilungsspielraum). La finalità perseguita da siffatto orientamento è stata quella di ricavare uno spazio, inaccessibile al sindacato giurisdizionale, diverso da quello occupato dalla discrezionalità vera e propria¹¹.

Detta impostazione è stata convalidata e ulteriormente sviluppata dalla coeva teoria denominata dottrina della rappresentatività o sostenibilità (Vertretbarkeitslehre)¹², secondo la quale soprattutto i concetti di valore o normativi non sono applicabili se non integrati da un giudizio di valore¹³. Secondo la tesi in esame, vi sono concetti giuridici indeterminati fattuali o descrittivi che conducono a una sola interpretazione e altri, i concetti normativi, che legittimano soluzioni diverse e alternative, tutte parimenti valide¹⁴. Per i concetti fattuali o descrittivi, il giudice amministrativo può sindacare il procedimento di sussun-

Beurteilungsermächtigung, in D.Ö.V., 1972, 402 ss.; H.U. ERICHSEN - W. MARTENS, *Das Verwaltungshandeln*, in H.U. ERICHSEN - W. MARTENS (hrsgg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin - New York, 1992, 191, 192; W. SCHMIDT, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München, 1982, 59 ss.

⁹ O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in J.Z., 1955, 97 ss.; O. BACHOF, *Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum*, in J.Z., 1972, 641 ss.

¹⁰ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 65.

¹¹ O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum*, cit., in J.Z., 1955, 99 ss.

¹² La dottrina della sostenibilità si riallaccia alla teoria elaborata da PH. HECK, *Gesetzesjurisprudenz*, Tübingen, 1914, e successivamente sviluppata da D. JESCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, in A.ö.R., 1957, 171 ss.

¹³ La tesi in esame è stata formulata per la prima volta da C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München, 1955, 309 ss., 318 ss., e, poi, è stata ripresa e sviluppata in C.H. ULE, *Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht*, in D.V.Bl., 1973, 756 ss.; C.H. ULE, *Verwaltungsprozeßrecht*, München, 1983, 1983, 9; C.H. ULE, *Rechtsstaat und Verwaltung*, in *Verv. Arch.*, 1985, 1 ss., 9 ss.

¹⁴ C.H. ULE, *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., 1983, 9 ss.

zione del fatto nella fattispecie normativa perché si tratta di una pura attività interpretativa¹⁵. Invece, in presenza di concetti normativi, il giudice amministrativo può sindacare l'interpretazione che l'amministrazione abbia fatto del concetto giuridico indeterminato e la sussunzione fra fatto concreto e fattispecie normativa, ma si deve astenere dall'incidere sul giudizio di valore formulato dall'amministrazione¹⁶.

La tesi dell'autonomo spazio di valutazione, originariamente risalente a O. Bachof, è stata ulteriormente sviluppata dalla tesi denominata prerogativa di valutazione (*Einschätzungsprärogative*)¹⁷ calibrata sui concetti giuridici indeterminati connotati da una marcata valenza politica, per la cui specificazione è richiesto l'intervento di organi di governo.

Un orientamento minoritario ha negato la sussistenza e l'utilità di un'autonoma e distinta categoria dei concetti giuridici indeterminati

La giurisprudenza tedesca¹⁸, salvo qualche sporadica eccezione¹⁹, ha perlopiù perseguito la strada della sindacabilità dei provvedimenti emanati sulla base di concetti giuridici indeterminati, basandosi prevalentemente sulla cogenza delle norme costituzionali, che non ammettono limitazioni al sindacato giurisdizionale, e sulla convinzione che in sede di applicazione degli "*unbestimmte Rechtsbegriffe*" sia prospettabile "un'unica decisione giusta". Naturalmente, l'atteggiamento della giurisprudenza è stato differente, riconoscendo spazi insindacabili, in presenza di provvedimenti emanati in settori contraddistinti da una più marcata autonomia valutativa, come per esempio in caso di pianificazione urbanistica, di giudizi prognostici, di giudizi tecnici estremamente complessi, quali quelli concernenti le centrali nucleari.

4. Osservazioni critiche sul tema dei concetti giuridici indeterminati

Invero, per quanto concerne i concetti giuridici indeterminati va osservato che il conferimento di un potere amministrativo sulla base di concetti giuridici indeterminati pone il problema della conformità della norma al principio di tipicità e tassatività dei poteri amministrativi e di compatibilità con le situazioni

¹⁵ C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe*, cit., 1955, 324 ss.

¹⁶ C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe*, cit., 1955, 326 ss.

¹⁷ J. WOLFF – O. BACHOF – R. STOBEN, *Verwaltungsrecht*, München, 2000, § 31.

¹⁸ Sull'elaborazione della giurisprudenza tedesca si vedano D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 95 ss.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa, Germania – Austria – Italia*, Trento, 2004, 19 ss.

¹⁹ Nota è la pronuncia del B.Vew.G. 16.12.1971 in BVewGE, 1971, 5, 153 ss.

giuridiche soggettive del privato di rango sovraordinato rispetto allo stesso potere amministrativo.

La soluzione al succitato problema implica alcune considerazioni preliminari.

La indeterminatezza può essere superata solo utilizzando termini con una valenza semantica specifica, idonei a indicare una *species* rispetto al *genus*, oppure una locuzione idonea a esprimere un concetto specifico, preciso e definito.

In definitiva, l'intervento del legislatore è stato volto a specificare in maniera più precisa un concetto giuridico indeterminato.

Quando tutto questo manchi, vale a dire quando il legislatore conferisce un potere amministrativo configurandone i presupposti sulla scorta di un concetto giuridico indeterminato, è evidente che ha inteso devolvere all'amministrazione il potere di individuare i presupposti del potere amministrativo stesso.

In presenza di un concetto giuridico indeterminato, la specificazione devoluta all'amministrazione si articola in due momenti.

Innanzitutto, l'amministrazione deve specificare la norma, generica e indeterminata, utilizzando le disposizioni di rango sovraordinato, quali principi generali dell'ordinamento, norme costituzionali e norme comunitarie. In altri termini, fra tutte quelle astrattamente possibili, deve scegliere una fattispecie e riferirla al caso di cui essa si occupa. Si è in presenza di una tipica attività interpretativa, analoga a quella svolta dal giudice in sede giurisdizionale²⁰.

In secondo luogo, gli elementi di indeterminatezza che dovessero residuare all'esito della predetta attività interpretativa, vanno puntualizzati sulla scorta di una attività valutativa, che può avere natura comparativa degli interessi in gioco, oppure natura valutativa di altri profili.

Il concetto giuridico indeterminato implica il conferimento all'amministrazione del potere discrezionale di specificarne la fattispecie di riferimento, in sede di esercizio del potere stesso. L'amministrazione, fra le varie

²⁰ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 362 ss., sostiene che i concetti imprecisi riguardano fattispecie eterogenee e che tutto ciò che attiene al predicato fattuale è in linea di principio concepibile come questione interpretativa e di accertamento di presupposti legali. “nell'identificazione dei tre momenti logici dell'azione amministrativa – interpretazione e determinazione del *Tatbestand*, applicazione dei concetti così ricavati ai fatti del caso, ed apprezzamento e determinazione di determinati effetti giuridici (*Rechtsfolge*) – soltanto quest'ultimo riguardante il conseguente della norma, si ritiene possa avere riguardo alla discrezionalità amministrativa. I primi due momenti atterrebbero a tipiche manifestazioni della giurisdizione”. In termini analoghi, Y. ARAI TAKAHASHI, *Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited*, in *European Public Law*, 2000, 73 ss.

soluzioni che dovessero residuare all'esito dell'esercizio dei poteri ermeneutici, avrà il dovere di optare per quella che, al termine di una comparazione fra i vari interessi inerenti alla vicenda oppure di una mera comparazione, appaia maggiormente conforme all'interesse pubblico.

L'attività interpretativa sarà sindacabile dal giudice, negli stessi termini in cui è sindacabile l'interpretazione svolta in sede giurisdizionale. L'uso corretto dei canoni ermeneutici consentirà all'amministrazione di evitare soluzioni che violino il principio di legalità, optando per una ipotesi interpretativa conforme all'impianto normativo sovraordinato.

L'ulteriore specificazione, effettuata scegliendo fra le varie soluzioni possibili quella conforme a (e derivante da) una valutazione comparativa degli interessi, integrerà un tipico esercizio di un potere discrezionale o valutativo di altra natura, sindacabile nei limiti dell'eccesso di potere.

La predetta soluzione rende conforme a Costituzione il ricorso a concetti giuridici indeterminati, salvo che si tratti di concetti talmente indeterminati da consentire all'amministrazione di compiere apprezzamenti valutativi così ampi da precludere il sindacato giurisdizionale.

In tal caso, risulterà violata la Costituzione sotto più profili.

5. Il c.d. processo di erosione della discrezionalità in Italia

In Italia, invece, il processo di erosione della discrezionalità si è frantumato in una pluralità di rivoli.

Innanzitutto, la dottrina italiana, pur evocando recentemente la nozione di concetto giuridico indeterminato²¹, ha privilegiato l'approfondimento della contrapposizione fra discrezionalità pura (o comparativa) e discrezionalità tecnica.

²¹ Per la dottrina italiana sui concetti giuridici indeterminati, si vedano F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 244 ss., 248 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 150 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 77 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 475 ss.; A. ROMANO TASSONE, *dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 310 ss.; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 347 ss.; G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, 136 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali, della legalità amministrativa, indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 41 ss., 69 ss., 246 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 44 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 220 ss.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione*, cit., 2004, 15 ss.; A. TRAVI, *Il giudizio amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 458 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma*, cit., 2006, 362 ss.

Soprattutto, la discrezionalità tecnica ha rappresentato lo strumento per consentire al giudice amministrativo di elaborare la possibilità di un sindacato di tipo forte e, in alcuni casi, anche di sviluppare un sindacato di siffatta natura.

La problematica è troppo nota per indugiare ulteriormente su di essa.

In secondo luogo, molto più interessante appare il riferimento alle elaborazioni che propugnano la necessità di leggere il vasto settore devoluto alla discrezionalità amministrativa in termini di attività interpretativa. Mi sembra ingiusto demonizzare tale elaborazione e più corretto affermarne la validità, quanto meno in una serie di casi.

Infine, un importante e significativo fattore di erosione della sfera sottratta al sindacato giurisdizionale è rappresentato dal sindacato di legittimità per eccesso di potere.

6. le strategie legislative indirette

Il fenomeno delle strategie legislative indirette, per quanto presente da tempo nel nostro ordinamento, non è stato adeguatamente approfondito. Tale disattenzione costituisce, probabilmente, una conseguenza della convinzione diffusa secondo la quale non vi è alcuna differenza fra le forme di esercizio del potere legislativo, che si concretano nella disciplina dell'esercizio del potere amministrativo, e le forme di esercizio del potere legislativo che consistono nel devolvere ad altro soggetto pubblico la disciplina dell'esercizio del potere.

Detta convinzione non ha una validità assoluta.

Sicuramente non vi è alcuna differenza fra le ipotesi in cui il legislatore configura direttamente l'esercizio del potere, dettando una disciplina che vincola l'amministrazione ad adottare una data determinazione provvedimento, che le attribuisce il potere di determinarsi all'esito di una comparazione di interessi o all'esito di un'attività interpretativa, ecc. ecc., e le ipotesi in cui disarticola l'esercizio di una funzione amministrativa, fra diverse autorità, alle quali conferisce il potere di adottare date determinazioni provvedimenti, destinate, a volte, a convergere in un unico atto.

Per esempio, quest'ultima ipotesi ricorre nei casi di pianificazione territoriale, nei quali la disarticolazione di una stessa funzione amministrativa avviene conferendo a diverse amministrazioni il compito di adottare differenti tipologie di piani urbanistici.

Del tutto differente è l'ipotesi in cui il legislatore non distribuisce l'esercizio di una stessa funzione amministrativa fra varie amministrazioni,

adottando, nei confronti di ognuna di esse, una determinata strategia di configurazione del potere, bensì devolve a una amministrazione il potere di scegliere la strategia legislativa di configurazione del potere e di determinare la stessa prescrizione provvedimento.

7. La c.d. devoluzione del potere normativo (*rectius* legislativo): la controversa natura giuridica delle linee guida dell'ANAC

Un esempio emblematico di siffatta ipotesi è rappresentato dal potere conferito all'A.n.a.c. di emanare le linee guida²².

L'art. 83, decimo comma, istituisce un sistema di rating di imprese e delle relative premialità, conferendo all'Anac la gestione e il potere di rilasciare apposita certificazione²³.

In altri termini, l'Anac ha il potere di stabilire, mediante linee guida, i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio delle relative certificazioni. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa tengono conto dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto. L'Anac, sulla scorta dei criteri che lei stessa fissa con le linee guida, forma l'elenco delle imprese che hanno una buona reputazione, rilasciando loro idonea certificazione, e l'elenco delle imprese che hanno una pessima reputazione, alle quali nega la certificazione. Le linee guida dettano una disciplina generale e astratta, valevole nei confronti di una pluralità indefinita di soggetti. In altri termini, si tratta di disposizioni di natura normativa.

Oltre alla natura normativa, la lettura delle diverse disposizioni del codice induce a ritenere che le linee guida hanno carattere vincolante, nei confronti dell'amministrazione e degli stessi operatori economici interessati.

La natura normativa e vincolante delle linee guida esclude che si sia in

²² Cfr. O.M. CAPUTO, *Linee guida, attribuzioni precontenziose e potere sanzionatorio dell'ANAC*, in *Urb. e app.*, 1/2018, 5 ss.; V. NERI, *Disapplicazione delle linee Guida Anac e rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. e app.*, 2/2018, 5 ss.

²³ Le riflessioni svolte durante il convegno sono state modificate tenendo conto del d.lgs. n. 56/2017.

presenza di quegli atti che normalmente vengono definiti come linee guida e che tradizionalmente vengono ricollegate alla relazione intersoggettiva di direzione.

L'uso dell'espressione "linee guida" tradisce un contenuto diverso, perché si è in presenza di un atto normativo e vincolante.

Le linee guida connotano l'esercizio dei poteri delle amministrazioni, anche di quelle locali, come i Comuni, dotate di autonomia costituzionalmente rilevante.

A tal proposito, appare opportuno evidenziare che il Consiglio di Stato, nel suo parere, sottolinea che quella in questione è materia "intrinsecamente normativa".

E dal tenore del parere appare evidente tutto l'imbarazzo del Consiglio di Stato nel qualificare le linee guida. Il Consiglio di Stato sostiene che completino le disposizioni di rango primario e che dovrebbero essere devolute alla sede regolamentare.

In realtà, il legislatore, con esse, devolve a una amministrazione (anche se indipendente) il potere di dettare le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo.

8. Osservazioni critiche in tema di inquadramento delle linee guida nell'ordito costituzionale

A questo discorso si possono formulare varie obiezioni.

Innanzitutto, è facile obiettare che l'Anac è una amministrazione particolare, perché essa è contemporaneamente legislatore, giudice e amministrazione.

Senonché, tale rilievo non porta lontano perché esso si basa su un dato distonico rispetto al nostro ordinamento costituzionale, che si fonda sul principio della divisione dei poteri.

Anche in altri ordinamenti vi sono le autorità indipendenti, ma esse applicano le norme dettate dal legislatore, non suppliscono il legislatore.

In secondo luogo, si può osservare che la decisione di non adottare una strategia legislativa, ma di devolvere a una amministrazione il potere di determinarsi autonomamente, è essa stessa una strategia legislativa.

Decidere di non decidere è essa stessa una decisione.

L'osservazione, sul piano logico regge perfettamente, mentre su quello giuridico mostra tutti i suoi limiti.

Infatti, deve essere rimarcato che stiamo parlando della funzione legislativa, che non può essere delegata, se non nelle forme previste dall'art. 76 della Costituzione.

Inoltre, non stiamo parlando di norme regolamentari, come con imbarazzo suggerisce il Consiglio di Stato.

Le linee guida, proprio perché posseggono una latitudine così ampia, non hanno natura regolamentare, ma abbracciano anche un territorio che compete esclusivamente al legislatore.

Le considerazioni che precedono presuppongono una esegesi in dettaglio che non può essere svolta in questa sede. Di ciò mi scuso.

L'Anac connota il potere che le amministrazioni dovranno esercitare, stabilisce, in altri termini, se le amministrazioni dovranno esercitare un potere amministrativo di natura vincolata, discrezionale, a discrezionalità tecnica, interpretativa e via di seguito.

Mi fermo qui.

Volutamente non richiamo pareri e raccomandazioni con le quali l'Anac interviene a gamba tesa nella sfera riservata al potere amministrativo.

9. Poche righe a mo' di conclusione

In conclusione, le strategie dirette possono conferire un potere valutativo ampio, ma non tanto da inibire la tutela costituzionale.

Le strategie indirette non possono devolvere ad altri soggetti pubblici il potere legislativo, ma possono conferire ad altre amministrazioni solo il potere di integrare le disposizioni legislative con norme di dettaglio e regolamentari, pena la violazione della Costituzione, sotto più profili.